

Sentencia N° ciento tres /2014.- En la ciudad de Cutral C6, a los *quince d6as del mes de septiembre de 2014*, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnaci6n** integrada por la **Dra. Liliana Deiub**, el **Dr. Alejandro Cabral** y el **Dr. Alfredo Elos6 Larumbe**, presidida por la primera de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnaci6n, en el caso judicial denominado "**PEREZ, Maximiliano Rub6n s/Homicidio en grado de tentativa**", identificado bajo legajo **OFINQ 849/14**, seguido contra: **PEREZ, Maximiliano Rub6n**, D.N.I.-....., nacido el 30 de enero de en Cutral C6, nacionalidad Argentino, domiciliado en Barrio, Grupo, Casa de la ciudad de Cutral C6.

Intervinieron en la instancia de impugnaci6n el Dr. Diego Simonelli como defensor oficial, el Dr. Ra6l Aufranc como fiscal y por la querrela el Dr. C6sar Omar P6rez.

ANTECEDENTES:

Por sentencia reca6da en el 26 de marzo de 2012, la C6mara de Todos los Fueros de la ciudad de Cutral C6 resolvi6: **I. CONDENAR a Maximiliano Rub6n Dar6o P6rez, como autor penalmente responsable del delito de lesiones graves** (art. 90 del C.P.) por el hecho cometido el

24 de abril de 2010, en perjuicio de Nicolás Maximiliano Toledo, a la **pena de TRES AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMINETO EFECTIVO, más inhabilitación absoluta por el mismo término** (art. 12 del C.P).

Contra dicha sentencia se interpusieron dos recursos de casación. Por un lado, el presentado por la Sra. Defensora Oficial, Dra. Marisa Mauti, en representación del imputado. Y, por el otro, el presentado por el Dr. César Pérez, en representación de la querella.

Por aplicación de la Ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo.

Es así, que con fecha 4 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos de los recursos interpuestos por la defensa y por la querella.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces

el orden siguiente: **Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Dr. Alejandro Cabral** y la **Dra. Liliana Deiub.**

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Son formalmente admisibles los recursos interpuestos?

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo:

Los recursos fueron presentados en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona y, oportunamente, declarados admisibles por la ex Cámara de Todos los Fueros de Cutral Có. Además, se observa que las partes se encuentran legitimadas para cuestionar el pronunciamiento recurrido, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

Las impugnaciones, además, resultan autosuficientes, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de los recurrentes- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que proponen.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de los recursos de

impugnación deducidos (arts. 233, 236, 237, 239 y 240 del CPP).

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo:

Teniendo en cuenta que la defensa cuestiona la pena impuesta sobre la base el art. 90 del C.P. y que la querella ataca dicha calificación y propone una más gravosa, corresponde analizar en primer término el recurso incoado por el acusador privado. Ello es así debido a que, de hacerse lugar a su pretensión, no se podría ingresar al tratamiento de la impugnación de la defensa.

Conforme se desprende de la lectura del recurso presentado por el Dr. Pérez y de los argumentos esgrimidos en la audiencia prevista por el art. 245 del CPP, la querella refuta la sentencia sobre la base de una alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba que, a

su vez, habría conducido a una errónea aplicación de la ley sustantiva por parte del tribunal.

Tal como ha quedado plasmado en la sentencia y en la audiencia de impugnación, no se encuentra controvertido que el 24 de abril de 2010 a las 6:30 horas el imputado agredió con un arma blanca a Nicolás Toledo causándole una herida cortante en la línea hemiaxilar que puso en peligro su vida.

Lo que se discute es la calificación legal que el tribunal otorgó al hecho probado.

En efecto, a diferencia de lo que sostiene el voto mayoritario, la querrela considera que Pérez actuó con un claro dolo homicida cuando atacó al Sr. Toledo. En tal sentido, entiende que las pruebas producidas durante el debate permiten arribar a esa conclusión con el grado de certeza necesario para emitir una condena.

La defensa refutó los argumentos de la querrela señalando que la valoración que hace el Dr. Pérez es equivocada. Afirmó, que en el debate se descartó la existencia de un dolo homicida. No lo agredió con el cuchillo en la primera oportunidad. Primero discutieron y luego pelearon mano a mano con golpes de puño. La agresión en el cuerpo de Toledo se produjo después. Los jueces que

formaron la mayoría lo han explicado correctamente y por ello solicitó que se rechace el recurso incoado.

Habiéndose descripto las posiciones de cada una de las partes, pasaré a exponer la forma en que considero deben resolverse las cuestiones traídas a conocimiento de este tribunal.

Tal como se adelantara, en la audiencia de impugnación las partes han coincidido en que Maximiliano Pérez agredió con una navaja a Nicolás Toledo.

La controversia se ha planteado en derredor a la forma en que el *a quo* valoró la prueba tendiente a demostrar, o a descartar, el elemento subjetivo del delito de homicidio simple tentado -calificación con la cual llegaron a juicio las actuaciones-. Cabe señalar que la tarea revisora de este tribunal se simplifica debido a que, desde el punto de vista de la comunicabilidad, se trata de una sentencia altamente descriptiva, que permite, sin mayores esfuerzos, transmitir a quien la lee un conocimiento acabado de qué fue lo que sucedió en el juicio. En efecto, se sabe perfectamente qué dijo cada testigo, cuál fue el cuadro probatorio que se valoró para tomar la decisión y cuál fue la tesis y antítesis sostenida por cada una de las partes.

De esta manera, e ingresando al análisis de la prueba producida en el juicio, considero que la misma permite concluir, fuera de toda duda razonable, que en el caso bajo estudio el tipo subjetivo de la figura contenida en el art. 79 del C.P. se encuentra completo.

Las razones que me llevan a postular dicha solución se encuentran correctamente explicadas en el voto de la minoría y pueden sintetizarse en los siguientes puntos: a) Pérez se valió de un arma blanca; b) Tenía conocimiento del poder vulnerante de ese elemento; c) la víctima se encontraba reducida y tendida en el piso como consecuencia de un fuerte golpe previo que había sufrido en su cabeza; d) La ubicación de la lesión es indicativa de que la finalidad del ataque era terminar con la vida de Toledo; e) Fue necesario que cuatro personas quitaran al imputado de la humanidad de la víctima para que la agresión cese; y f) Lo expuesto en el punto anterior descarta que Pérez haya cesado por su propia voluntad de su conducta.

Todas estas afirmaciones se corroboran a partir de la prueba producida.

En efecto, A. M. expresó que el imputado tiró a su novio y su cabeza quedó contra el cordón. Que ella intentó sacar al agresor tirándolo de los

pelos pero no pudo. Que el imputado se le tiró encima. Llegó otro chico que se bajó del auto e intentó separarlos sacando a Pérez desde atrás. Que este chico sufrió un corte en una de sus manos.

D. T., brindó una versión similar: también intentó sacar al agresor de encima de su hermano tomándolo de los pelos al igual que M., hasta que llegaron dos muchachos que los ayudaron a separarlos.

J. M. relató que vió a una persona tirada en el piso y a otro que lo pateaba y lo golpeaba. Que le dio una trompada al agresor y lo separó de la lucha. Que en esta tarea sufrió un corte en uno de sus dedos.

L. A. C., relató exactamente lo mismo. Era la persona que acompañaba a M. y también contribuyó poner fin a la agresión.

En similar sentido, Nicolás Toledo indicó que Pérez y su hermano comenzaron a agredirlo y a amenazarlo de muerte. Que ambas personas le pegaron hasta que uno de ellos dejó de hacerlo y el otro continuó. Que el imputado lo tiró al piso y su cabeza dio contra el suelo, se le tiró encima y le propinó golpes de puño y patadas. Que en determinado momento, sacó una navaja que tenía un

filo de unos diez centímetros de largo y se la clavó en la zona axilar derecha. Finalmente, relató que dos chicos y su novia se lo sacaron de encima y que sufrió otra lesión cortante en su cadera.

El cuadro probatorio sobre el que se apoya el voto del Dr. Furlotti se completa con los informes y testimonios del médico forense, Dr. Eduardo Fernández, quien indicó que Toledo presentaba un traumatismo de cráneo y una herida producida por un arma blanca. Esta última era profunda, perforó parte de la pleura y tocó el corazón. Se trataba de un arma chica con longitud para perforar el ventrículo que ingresó varios centímetros en el tórax. Sufrió un shock hipovolémico por descompensación hemodinámica y paro cardíaco que se logró revertir por maniobras de resucitación.

A todo lo expuesto debe adunarse otro elemento que permite afirmar la existencia del dolo homicida. Me refiero a la fuerza y la contundencia con que fue propinada la puñalada. Se trataba de un arma chica de unos diez centímetros de longitud que ingresó por la región axilar y llegó a tocar el corazón. Ello quiere decir que la hoja de la navaja utilizada por el imputado ingresó íntegramente en el cuerpo de Toledo. La violencia del

ataque y la ubicación de la herida en una zona vital impiden arribar a otra conclusión que no sea la voluntad de matar.

En contraste con las razones reseñadas, encontramos los endebles argumentos del voto de la mayoría caracterizado por numerosas afirmaciones dogmáticas y pocas construcciones valorativas concretas. Veamos.

Que el dolo del art. 79 requiere la acreditación fehaciente del inequívoco deseo de matar es algo que no se discute. Ahora bien, que la prueba de los elementos subjetivos constituya una tarea de difícil realización, no significa que no pueda acreditarse a partir del análisis de diversos elementos objetivos que permitan válidamente inferir el conocimiento y la voluntad de realizar determinada conducta.

Como se explicó, todas las pruebas producidas en el debate conducen al dolo de homicidio.

El argumento referido a que las expresiones de Pérez hacia Toledo -diciéndole que lo iba matar- son el producto de *"una situación enrarecida y embarazosa como la que puede significar una pelea callejera"* es una explicación que parece no tener en cuenta el contexto situacional imperante y, fundamentalmente, lo

que ocurrió posteriormente. Se trata de un argumento comúnmente utilizado para restarle criminalidad al delito de amenazas. Pero, valga recalcarlo, de amenazas que después no se concretan. En este caso, la amenaza se concretó en la violenta agresión y, por lo tanto, debe ser tomada en cuenta como un elemento tendiente a reafirmar el elemento subjetivo del tipo.

El otro argumento utilizado es susceptible de ser enmarcado en los supuestos regulados en el art. 237, inc. 2 del CPP. La mayoría entiende que si Pérez hubiera querido matar a Toledo lo hubiera hecho al inicio de la pelea y no luego de haber peleado por unos instantes. El razonamiento, como se adelantó, no resiste el menor análisis. Ello es así, toda vez que no existe ninguna regla para determinar cuándo puede nacer el dolo homicida. El dolo emerge en cualquier momento.

De acuerdo a la prueba producida Pérez se decidió a "apuñalar" a Toledo cuando lo tenía reducido en el piso. Depende cómo se lo mire, ese dolo pudo ser de lesión o de homicidio. Pero sobre lo que no existe ninguna duda, es que se generó en ese preciso instante. Lo que quiero explicar a partir de este razonamiento, es que aquí no se discute "cuándo" nació el dolo. Ello no tiene ninguna

importancia para la resolución de esta controversia. Lo importante, lo decisivo, era establecer "qué tipo" de dolo tenía el imputado en el preciso instante en el que se decidió a extraer su navaja para introducirla con absoluta violencia en una zona vital del cuerpo de la víctima.

Finalmente, debo destacar que el hecho de que el médico no haya consignado que la víctima presentaba una segunda herida superficial de arma blanca, no le suma ni quita nada a la solución del caso. Si Toledo tenía o no un segundo corte en la cadera es algo que a esta altura poco importa y que, a diferencia de lo que sostiene la mayoría, no resulta demostrativo de la ausencia de dolo homicida. Lo que se está discutiendo, reitero, es cómo debe interpretarse desde el plano estrictamente subjetivo la acción que produjo la herida en la zona axilar de Toledo.

Como se ve, los votos que hicieron mayoría arribaron a una conclusión que no encuentra correlato con la prueba producida. La defensa, por su parte, no ha introducido argumentos propios luego de escuchar los fundamentos del recurso, limitándose a señalar que el fallo era correcto.

En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por

la querrela, debiendo este tribunal ejercer competencia positiva y declarar a Maximiliano Rubén Darío Pérez como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79, 45 y 42 del C.P. y art. 246 del CPP). Cabe destacar, que la discusión doctrinaria referida a la facultad que poseen los tribunales de revisión de ejercer competencia positiva agravando la situación del imputado, se ha zanjado a partir del reconocimiento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó sobre esta materia en el caso "Mohamed" y, más recientemente, a partir de lo decidido por la CSJN en el precedente "Duarte". (CIDH caso "Mohamed vs. Argentina", nro. 11.618 resuelto el 23 de noviembre de 2012; y CSJN caso "Duarte, Felisa s/recurso de casación", D. 429. XLVIII, resuelto el 5 de agosto de 2014, respectivamente).

Por último, considero que debe reenviarse el presente caso para que se lleve a cabo un nuevo juicio sobre la pena tomando como base la nueva calificación legal impuesta en esta instancia (art. 246 y 247 del CPP).

En consecuencia, teniendo en cuenta la solución que se propone al acuerdo y, en atención a que los agravios esgrimidos en el recurso interpuesto por la defensa se circunscriben a la pena impuesta por el delito

de lesiones graves (art. 90 del C.P.), no corresponde abocarse al tratamiento del mismo.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

Sin perjuicio de ello, entiendo que el dolo homicida del autor en este caso se acredita con el acomentimiento ante una persona que se encontraba en el suelo "aturdida" como sostuvo la víctima en el juicio, circunstancia ésta que se encuentra acreditada con el informe del Forense Fernández que determinó que en el cráneo se objetivó foco motor con paresia braquial izquierda y plejía crural homolateral.

A lo anterior debe adunarse la ubicación y entidad de la lesión que Maximiliano Pérez le ocasionó a su víctima de tal profundidad que le tocó el corazón.

Finalmente, la circunstancia que los testigos presenciales no hayan advertido la presencia del cuchillo, que sólo vio la víctima cuando sufrió la agresión, evidencian la clara intención del imputado de

sesgar la vida de Toledo en un accionar homicida indudable.
Así voto.

TERCERA: Costas.

El *Dr. Alfredo Elosú Larumbe*, dijo: Sin costas, art. 268 del CPP.

El *Dr. Alejandro Cabral*, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La *Dra. Liliana Deiub*, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal los recursos interpuestos por la Sra. Defensora Oficial, Dra. Marisa Mauti, en representación del imputado, y por el Dr. César Pérez, en representación de la querella (arts. 233, 236, 237, 239 y 240 del CPP).

II.- HACER LUGAR a la impugnación deducida por la querella, **DECLARAR** a **Maximiliano Rubén Darío Pérez** como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79, 45 y 42 del C.P.) y, en consecuencia **REENVIAR** el presente caso para que se lleve a cabo **un nuevo juicio sobre la pena** tomando

como base esta nueva calificación legal (arts. 79, 45 y 42 del C.P. y arts. 178, 179, 246 y 247 del CPP).

III.- DECLARAR ABSTRACTA la impugnación deducida por la defensa oficial en virtud de lo resuelto en el punto dispositivo II y de las razones plasmadas en los considerandos de esta sentencia.

IV.- SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

V.- Regístrese. Notifíquese.

Dr. Alfredo Elosu Larumbe

Juez

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Reg. Sentencia N° 103 T° V Fs. 979/986 Año 2014.-